

文章编号: 1674 - 5205(2016)06-0088-(009)

预购商品房抵押预告登记的法律效力

常鹏翱

(北京大学法学院,北京 100871)

〔摘要〕作为商品房预售的重要配套机制,预购商品房抵押预告登记旨在加强放贷银行的法律地位,但银行对标的物没有优先受偿权。这种预告登记具有弹性架构,随着商品房建设的进度,其义务人会从预购人扩张到开发商,标的物会从预购商品房转变为现房,预购人或开发商处分现房的行为会受影响,从而能保障银行取得房屋抵押权。银行的房屋抵押权顺位基于预购商品房抵押预告登记的时间来定,它优先于之后的预查封登记或查封登记,这体现了保全顺位的效力。

〔关键词〕商品房预售;预购商品房;抵押;预告登记;法律效力

Abstract: Mortgage preliminary registration is considered as an important supporting mechanism for presale commercial house, which is designed to safeguard the lending bank's legal interest. However, the lending bank has no priority of compensation upon the mortgaged object. With the construction of the commercial house, the obligor of preliminary registration expands from pre-purchaser to developer and the mortgaged object changes from preselling house to ready house. The preliminary registration is a flexible frame that could restrict the pre-purchasers or developers' dispositive act on ready house. Thus the lending bank could acquire the mortgage right upon the ready house. The sequence of mortgage for lending bank is decided by the time of the mortgage preliminary registration, which is prior to the later pre-sequestration registration and sequestration registration. The effect of mortgage sequence is thereby certified.

Key Words: commercial house presale; pre-purchasing commercial house; mortgage; preliminary registration; legal effect

中图分类号: DF521 文献标识码: A

一、引言

《物权法》第20条规定了预告登记,这是我国最高立法机构在法律层面对不动产登记制度进行的创新^①,其最典型之处是以债权请求权为对象,与以物权为对象的登记有本质差异。在实践中,预告登记普遍用于商品房预售^②,它记载的是预购人请求开发商转移房屋所有权的债权请求权,与此对应的是预购商品房预告登记。《房屋登记办法》第69-70条、《不动产登记暂行条例实施细则》第86条^③,其中的权利人是预购人,义务人是开发商。由于房价高昂,许多预购人无法全额付清购房款,需先按约定向开发商支付首付款,再向银行借贷余款后付给开发商,为了确保借贷债权的实现,预购人以预购的商品房为标的

物向银行提供抵押担保,这就是所谓的预购商品房贷款抵押^④,预购商品房抵押预告登记与此配套,其中的权利人是银行,义务人是预购人。为了简便起见,下文把预购商品房抵押预告登记简称为预抵押登记。

在实务中,预抵押登记属于商品房预售交易得以

① 在《物权法》颁布实施之前,上海等地的地方性法规有预告登记制度,但与《物权法》的预告登记制度有不小的差异。参见常鹏翱:《物权程序的建构与效应》,中国人民大学出版社2005年版,第341-342页。

② 根据《城市商品房预售管理办法》第2条,商品房预售是指房地产开发企业将正在建设中的房屋预先出售给承购人,由承购人支付定金或房价款的行为。

③ 《房屋登记办法》由原建设部制定,《不动产登记暂行条例实施细则》由国土资源部制定,根据《立法法》第91条,它们有同等效力。目前,我国的不动产统一登记尚未全部完成,在未统一登记的地域,以房屋为对象的登记要适用《房屋登记办法》;在统一登记的地域,则要适用《不动产登记暂行条例实施细则》。从这两部规章的内容来看,它们有关预告登记的规范高度一致。

④ 《城市房地产抵押管理办法》第3条第4款规定“本办法所称预购商品房贷款抵押,是指购房人在支付首期规定的房价款后,由贷款银行代其支付其余的购房款,将所购商品房抵押给贷款银行作为偿还贷款履行担保的行为。”

收稿日期: 2016-01-06

作者简介: 常鹏翱(1974—),男,河南栾川人,北京大学法学院教授,法学博士。研究方向:民法总论、物权法、债法。

展开的重要保障机制,大量的预告登记集中表现在预抵押登记这一类型。⁽¹⁾³³与预抵押登记如此重要的地位不匹配的是,法律并未详尽而明晰地规定其法律效力,以至于实践中问题频出。比如,在预购人不能按期还款时,银行能否凭借预抵押登记,对预购人所购的商品房享有优先受偿权,在司法实践中存在截然对立的裁判结论^①。又如,预抵押登记的关系人是预购人和银行,假设开发商在商品房建设完成后,将该商品房转让给他人,银行还能否如愿取得抵押权,也值得探讨。再如,在预抵押登记后,法院预查封^②预购人所购的商品房并办理预查封登记的,不动产登记机构能否根据预抵押登记当事人的申请,为银行办理抵押登记,颇有疑问。⁽²⁾¹⁰⁷⁻¹⁰⁸学理普遍认为预告登记有权利保全、顺位保证、破产保护等效力,⁽³⁾³⁵⁹⁻³⁶¹⁽⁴⁾³⁸⁴这样的见解的确能局部回答上述问题,但它们是继受德国法的结果,能否直接用于预购商品房贷款抵押这一颇具中国特色的交易模式^③,还需要经受本土化的检验。为了妥当解答上述疑问,本文将紧密围绕商品房预售及预购商品房贷款抵押的运作机制,结合预告登记的实证规范和实践操作,分析预抵押登记的效力,在此过程中,德国经验的可用性及其限度会在必要处被论及。为了论点和论证的聚焦性,本文不涉及开发商或预购人破产的情形,预抵押登记的破产保护效力因此不在讨论范围。

二、没有优先受偿的效力

受制于预告登记的制度功能,银行无法基于预抵押登记而对标的物享有优先受偿权。而且,预购商品房贷款抵押是独立的抵押形态,不同于在建建筑物抵押,预抵押登记也不同于在建建筑物抵押登记,银行无法凭预抵押登记而有优先受偿权。再者,在预抵押登记办理时,作为其标的物的“预购商品房”没有流通性,无法成为优先受偿权的标的物。此外,商品房预售的担保架构也表明,预抵押登记不能产生优先受偿的效力。

(一) 预告登记的制度功能

作为不动产登记机制中的一环,预告登记与物权登记都有公示作用,被记载的债权请求权能为社会所公知,其固有的相对性因此在客观上被打破,从而产生溢出效应,不仅债的当事人受到约束,还波及之外的第三人。用我国最高立法机构工作人员的话来说,就是预告登记的债权请求权有物权效力,对后来发生的与该请求权内容相同的不动产物权的处分行为,具有对抗效力,⁽⁵⁾⁶¹体现了预告登记的制度功能。

显然,在预告登记的债权请求权有“物权效力”,

是说预告登记能排斥义务人的妨害债权请求权的处分行为。比如,基于买卖合同,买受人请求出卖人转移房屋所有权的权利被预告登记后,义务人向第三人转让该房屋的,不影响预告登记权利的实现^④。这样一来,预告登记能最大程度地保障债权请求权的实现,确保权利人能如愿成为物权人。不过,尽管预告登记强化了债权请求权的对抗效力,但还不足使该权利变为物权,或与物权的效力完全相同,它仍是债权。因为虽然预告登记确实能把债权请求权指向的标的物定向配置给权利人,但这种归属作用将来才能实现,权利人还不能像物权人那样现实地支配标的物,如预购人就无法现实控制所预购的商品房。既然权利人对标的物谈不上有支配利益,那预告登记与作为支配权的物权就不能归为一类。

不仅如此,预告登记的债权请求权本身处于债的关系之中,不能免受债之关系中的各种抗辩,这会使其受到牵扯,无法顺利往前发展,从而影响权利的实现,如在房屋买卖预告登记购房人未按约定履行义务的,卖房人就能行使相应的抗辩权来对抗,购房人因此无法如愿取得房屋所有权。⁽⁴⁾³⁸⁵⁽⁶⁾²⁶¹⁻²⁶²与预告登记的这种债的关系构造不同,物权是对标的物的支配权,物权人基于此能得到占有、使用、收益或处分等积极利益,他人则要尊重这些积极利益,单就物权这种法律地位而言,物权人对他人无需负担积极的作为义务,充其量只有不滥用权利的消极义务,物权人因滥用权利而给他人造成损害的,应负赔偿责任,但物权不因此被剥夺。既然预告登记不包含支配利益,与物权无法等量齐观,那预抵押登记就不可能使银行取得

① 有关司法裁判的梳理和总结,参见宋方成《论预告登记在商品房预售中的适用》,北京大学2015年硕士研究生学位论文,第31页。

② 根据最高人民法院、国土资源部、建设部《关于依法规范人民法院执行和国土资源房地产管理部门协助执行若干问题的通知》第15、16、18、21、22条,预查封是法院的一种强制执行措施,针对的是被执行人尚未办理物权登记的不动产,可由不动产登记机构办理预查封登记。预查封的期限为2年,期限届满可以续封1次,续封期限为1年,预查封期限届满之日,法院未办理续封手续的,预查封的效力消灭。在预查封期间,登记机构不得就标的物办理转让、抵押等权属变动登记。

③ 有关我国预购商品房抵押制度沿革和特点的论述,参见余蓉《论预购商品房抵押权预告登记的效力》,载《江苏警官学院学报》2012年第2期,第69-71页;何小勇、方勇《个人住房贷款的风险防范探讨》,载《海峡法学》2012年第4期,第85-88页。

④ 这一点在我国司法实践中有高度共识,广西壮族自治区高级人民法院(2015)桂民一终字第44号民事判决书的下列表述就相当典型,即“预告登记是为保全一项以将来发生不动产物权变动为目的的请求权的不动产登记,经预告登记的债权对以变动同一标的物的物权为目的而成立在后的债权具有了类似于物权的优先性和排他性,故预告登记为债权获得特殊保护提供了法律依据”。

抵押权^①,而法律又未明确赋予银行以优先受偿权,预抵押登记也不能产生优先受偿的效力。在此前提下,银行有将来取得抵押权的债权请求权,它能排他性地对抗他人对该标的物的处分^②,这与预告登记的制度功能完全一致。

(二) 预购商品房贷款抵押的独立性

商品房预售交易属于典型的以未来物为标的物的交易,其对象是开发商在建的、尚未竣工验收的商品房,单从其物理状态来说,它属于《物权法》第180条第1款第5项所谓的“正在建造的建筑物”,能在登记后负载抵押权(《物权法》第187条)。从我国不动产登记实证规范来看,能为在建商品房抵押保驾护航的是在建建筑物抵押登记^③,若预购商品房贷款抵押能纳入在建建筑物抵押,那预抵押登记无非是名为预告登记,实为在建建筑物抵押登记的子类型,银行因此能取得优先受偿权。但这种假设并不成立,因为我国房产交易市场受政府管制的程度很高,买卖和抵押都要在主管部门设置的轨道上运行,否则就无法正常通往登记的终点站,而预购商品房贷款抵押和在建建筑物抵押完全不同,预抵押登记无法被在建建筑物抵押登记包容。首先,在担保的债权方面,预购商品房贷款抵押指向预购交易中的余款,在建建筑物抵押则指向继续建造的资金。其次,在抵押人方面,预购商品房贷款抵押的抵押人是预购人,在建建筑物抵押的抵押人是开发商。再次,与上述差异匹配,申请在建建筑物抵押登记的材料包括建设用地使用权证明、建设工程规划许可证等,预购人无法提供这些材料,不能通过在建建筑物抵押登记向银行提供抵押。

这表明,预购商品房贷款抵押具有独立性,它不同于在建建筑物抵押,预抵押登记不能被在建建筑物抵押登记所涵盖,银行因此不能基于预抵押登记来得到优先受偿权。

(三) “预购商品房”不是优先受偿权的标的物

说某人享有优先受偿权,是说相对于其债务人的其他债权人,该人就标的物的价值享有优先实现自己债权的优待地位,担保物权就是适例。要实现优先受偿权,标的物必须有市场流通性,可通过交易机制变现为金钱。而在现时条件下,在预抵押登记办理时,“预购商品房”没有市场流通性,不能成为优先受偿权的标的物。这意味着,即便无视预告登记的制度功能,认为银行基于预抵押登记对“预购商品房”享有优先受偿权,也是无法成真的一句空话。

从交易实质分析,“预购商品房”是指预购人对开发商享有的按约定时间交付房屋并移转其所有权的债权请求权,预售商品房贷款抵押是以该债权请求

权为标的物的担保机制^④。而从商品房预售交易流程来看,商品房预售合同是预购商品房预告登记的基础,预购商品房预告登记又是预抵押登记的基础,没有预售合同,就没有预抵押登记,故在预抵押登记办理时,“预购商品房”指向预购人对开发商的债权请求权。这种内涵在我国商品房预售交易开始之际就是确定的,如根据1997年建设部《城市房地产抵押管理办法》第27条,预购商品房抵押须提交生效的预售合同。

需要注意的是,1994年《城市房地产管理法》第45条规定“商品房预售的,商品房预购人将购买的未竣工的预售商品房再行转让的问题,由国务院规定。”^⑤据此,“预购商品房”能否转让流通,取决于国务院的态度,而国务院在2005年前没有表态,故从理论上讲,“预购商品房”能转让。⁽⁷⁾⁴⁴³⁻⁴⁴⁴⁽⁸⁾¹⁷⁵⁻¹⁷⁶最高人民法院的法官也认为,基于预售商品房贷款抵押,银行对“预购商品房”有优先受偿权^⑥。

到了2005年5月9日,为了进一步加强对房地产市场的引导和调控,国务院办公厅转发了建设部等7部委联合发布的《关于做好稳定住房价格工作的意见》指出“根据《中华人民共和国城市房地产管理法》有关规定,国务院决定,禁止商品房预购人将购买的未竣工的预售商品房再行转让。”“预购商品房”自此不再有交易市场,无法通过流通来变价,与担保财产的品质完全不符,这样一来,就预购商品房贷款抵押而言,无论是着眼于文义把其当成抵押权,抑或着眼于“预购商品房”的债权请求权形态而将其作为

① 参见浙江省高级人民法院(2015)浙民申字第809号民事裁定书,该文书指出抵押登记不直接产生设定物权的效力。另参见最高人民法院(2015)民申字第766号民事裁定书。

② 这方面的典型案例,可参见《中国光大银行股份有限公司上海青浦支行诉上海东鹤房地产有限公司、陈思绮保证合同纠纷案》,载《最高人民法院公报》2014年第9期,第36-40页。

③ 需要说明的是,《房屋登记办法》用“在建工程抵押”来指代以正在建造的建筑物为对象的抵押,与此不同,为了与《物权法》上述条文以及《不动产登记暂行条例》第19条第1款第2项的用语保持一致,《不动产登记暂行条例实施细则》用了“在建建筑物抵押”的称谓,其实质与“在建工程抵押”相同。

④ 有法院在司法实践中认为这种抵押属于期待权抵押,而非物的抵押,参见杭州市中级人民法院(2009)浙杭商终字第537号民事判决书。

⑤ 该条规定在2009年修订的《城市房地产管理法》中变为第46条,内容完全一致。

⑥ 参见李国光、奚晓明、金剑锋、曹士兵《最高人民法院〈关于适用“中华人民共和国担保法”若干问题的解释〉理解与适用》,吉林人民出版社2000年版,第181-190页。不过,这种见解的基础是香港按揭贷款模式,与我国大陆的商品房预售交易实践并不完全吻合,故其正当性值得怀疑。参见余蓉《论预购商品房抵押权预告登记的效力》,载《江苏警官学院学报》2012年第2期,第71页。照此来看,预购商品房抵押实际上能否产生优先受偿权,是有疑问的。

债权质权^①,均不妥当。换言之,在预抵押登记办理时,“预购商品房”的特质决定了它与优先受偿权绝缘,即便预购商品房贷款抵押借助了预告登记的公示,也不能改变这一特质,银行因此没有优先受偿权。

需要强调的是,在建建筑物属于未来物,具备一定的物理形态,即已建造但未完工,同时又是可流通物,能成为抵押财产,与其对应的是在建建筑物抵押登记,这是一种物权登记。与此不同,“预售商品房”是预购人对开发商的债权请求权的代称,其标的物是未来建成的商品房,且没有流通性,故它不同于在建建筑物,不能成为担保财产。所谓预售商品房抵押,就是预购人以“预售商品房”为标的物与银行达成抵押合同,该合同意在待“预售商品房”变性为预购人的现房所有权时,预购人要以此为标的向银行设立抵押权。故而,基于预售商品房抵押,银行只是对预购人享有将来设立现房抵押权的债权请求权,而要保全该债权请求权,只有借助预告登记。这样一来,且不说前述的主债权、抵押人、申请材料等差异,仅从标的物形态来看,尽管“预售商品房”与在建建筑物在客观上有紧密关联,但预抵押登记与在建建筑物抵押权绝对不能混同,它们各得其所,各成一派。

(四) 商品房预售交易的担保架构

在商品房预售交易中,银行为了保障债权,除了要求预购人提供预购商品房贷款抵押,通常还要求开发商在预购人取得房屋所有权并以该房屋为银行办理抵押权登记之前,提供阶段性连带责任保证。若预抵押登记如同抵押登记一样能产生优先受偿权,银行的债权已得到充分保障,还要由开发商提供保证,除了增加交易成本,别无益处。之所以要有这样的担保架构,恰恰在于预抵押登记无法现实地为银行供给优先受偿权,而业界均明了这一点。也正是着眼于此,法院才会在否定银行对“预购商品房”的优先受偿权的同时,肯定开发商的连带责任保证人地位。⁽⁹⁾²⁴²

三、取得房屋抵押权的效力

预告登记的根本价值是保障债权请求权的实现,使权利人取得相应的物权,它因此有“取得权”之说^②。据此,预抵押登记有保障银行取得房屋抵押权的效力^③。为了确保这一效力的实现,预抵押登记的标的物还包括预购人取得的现房,预购人处分现房的行为因此受到影响。而且,预抵押登记指向的相对人还包括开发商,会影响开发商处分现房行为的效力。

(一) 对预购人处分行为的影响

根据德国经验,预购人是预抵押登记的义务人,其处分“预购商品房”行为要受预抵押登记的影响,

但由于“预购商品房”不能流通,故该效力实际上并无意义。只有把预购人取得的现房也归为预抵押登记的标的物,预抵押登记才能有效保障银行取得房屋抵押权。

1. 对预抵押登记不能直接套用德国经验

在德国,为了确保预告登记权利人取得物权,义务人虽能处分标的物,如转让或抵押,并能办理相应的登记,但只要该行为因妨害债权请求权而有悖于预告登记的目的,就相对于权利人不发生法律效力。这样一来,尽管第三人基于义务人的处分行为并通过登记取得了物权,但因为该行为对预告登记权利人不生效,权利人仍有权请求义务人履行义务,第三人也应协力促成该债权请求权的实现(《德国民法典》第883条第2款、第888条)⁽¹⁰⁾⁷⁸⁻¹⁴³。据此,预告登记要通过影响义务人处分行为的效力,来保障权利人取得物权。

《物权法》第20条第1款第2句规定“预告登记后,未经预告登记的权利人同意,处分该不动产的,不发生物权效力。”套用德国经验来理解该规定,就是未经预告登记权利人的同意,义务人处分标的物的行为不产生物权效力。把这种效力放在预抵押登记,就是未经银行的同意,预购人转让“预购商品房”的,属于妨害银行债权请求权的行为,不受法律保护。但问题在于,“预购商品房”没有流通性,预购人不可能对它为处分行为,这样就谈不上用预抵押登记来影响预购人处分行为的效力。这意味着,不能直接照搬德国经验来理解预抵押登记,要实现其保障银行取得抵押权的效力,必须根据实际情况进行具体分析。

2. 对预购人处分现房行为的影响

在商品房竣工验收,并由预购人通过转移登记取得现房所有权后,根据《不动产登记暂行条例实施细则》第78条第2款,当事人应申请将预抵押登记转为

^① 对预购商品房贷款抵押属性观点的简要总结,参见庄加园:《预告登记的破产保护效力》,载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2014年第6期,第54页。

^② 所谓取得权,是指权利人在满足一定条件时,取得物权的权利,它是德国民法学理对先占权、作为物权的先买权以及预告登记的概称,属于限制物权中的一类。Vgl. Baur/Stuerner, Sachenrecht, 18. Aufl., München 2009, S. 29. 我国学理也有类似的想法,参见蔡明诚《物权法研究》,学林文化事业有限公司2003年版,第19-21页;崔建远《物权法》,中国人民大学出版社2009年版,第25页。

^③ 针对早先在个别地方存在的在建房屋抵押预告登记,最高人民法院(2015)民申字第766号民事裁定书表明了同样看法,即“在建房屋抵押预告登记并不产生债务人不履行债务时从拍卖在建房屋的价款中优先受偿的法律后果,而只是对将来建成房屋所作的一种事先约束,以约束债务人以将来建成房屋作为抵押标的物。当房屋建成后,债务人有履行在建房屋抵押合同规定的义务和在建房屋抵押预告登记的责任,配合在建房屋抵押预告登记权利人向房屋登记机关提出变更登记,转变为房屋抵押登记,从而实现在债务人不能清偿债务时,以拍卖、变卖建成房屋的价款优先受偿”。

现房抵押权首次登记,从而在预购人转让该房屋时,银行能持续受到优待保护。不过,一旦预购人在取得房屋所有权的3个月内不配合申请,预抵押登记将失效。为了消除这一实际风险,登记机构采用合并登记的办法,把现房所有权的转移登记与预抵押登记转现房抵押权首次登记合并办理^①。在预抵押登记转为现房抵押权首次登记后,预购人再处分现房,当然无法损及银行的利益。

问题在于,预抵押登记的标的物是“预购商品房”是预购人对开发商的债权请求权,而非由预购人取得所有权的现房。照此来看,预购人取得的现房没有任何负担,即便在预抵押登记仍有效存续时,也不妨碍预购人能自由转让该房屋,但这样一来,银行将无法取得抵押权,预抵押登记的目的将落空^②。这个二难困境的矛盾点,是预购人的现房是否应归为预抵押登记的标的物,而要解答该问题,需要从交易实际入手来分析。我们知道,“预购商品房”无法流通,不能承载抵押权,预抵押登记的功能肯定不是要保障银行取得“预购商品房抵押权”,而是取得某种实在的抵押权。在保持该抵押权的抵押人仍为预购人的前提下,这种抵押权的标的物只能是预购人的现房。在此意义上,预抵押登记是一种把时间要素考虑进来的弹性构造,其标的物除了“预购商品房”,还包括建成后由预购人取得的现房。也就是说,预抵押登记的直接作用是在预购人取得现房后,把它扩容为标的物,实际转化为现房抵押预告登记。

这种理解符合预购商品房贷款抵押的规律,即“设立预购商品房抵押贷款关系时,商品房处于开发建设期间,作为抵押物的房屋并不存在,抵押人交付定金后只是依据购房合同享有预购房屋的债权,该债权在房屋建成交付之后才可以转换为实际存在的财产权,进而才能实现《担保法》所规范的财产权抵押法律关系”。⁽¹¹⁾³³此外,这种理解符合业界的认知,即银行和开发商均是在明知“预购商品房”不能设立抵押权的前提下,介入商品房预售交易的,而银行之所以愿意接受预抵押登记,是为了将来取得预购人的现房抵押权,开发商之所以愿意提供连带责任保证,则是因为这种现房抵押权将来能为其解套。而且,这种理解也不改变既有的成型利益结构,即银行仍未现实取得抵押权,开发商仍提供连带责任保证,预购人仍有义务协力银行办理抵押登记。

显然,在预抵押登记办理时,其标的物是“预购商品房”,但随着时间推进,其标的物还包括预购人取得的现房,由此再来套用德国经验,结论就是,预抵押登记影响预购人处分现房行为的效力。要注意,这

一结论的前提是预购人客观上能实施处分行为,没有这一前提,该结论就没有可行性。现实的预告登记机制的确排除了这种可行性,即未经权利人同意,义务人处分房屋申请登记的,登记机构不能办理。在实践中,除非银行放弃债权,否则其同意预购人处分行为的几率为零,故而,预抵押登记实际关上了预购人处分现房行为的大门^③。

(二)对开发商处分行为的影响

预告登记中的权利人和义务人处于债的关系,受此影响,预告登记只影响义务人的处分行为。由此推论,预抵押登记似乎也只会影响预购人处分现房的行为。不过,在预购人取得现房所有权之前,开发商也可能对商品房实施处分行为,同样会导致银行将来无法如愿取得抵押权,预抵押登记能否影响开发商的处分行为,就是必须认真对待的问题。

1.对开发商处分在建商品房行为的影响?

从理论上讲,在预抵押登记后,开发商仍能处分在建的预售商品房,若预抵押登记不能影响该处分行为,就会妨害银行将来取得抵押权。但学理常识告诉我们,预售的商品房处于在建过程,并非特定的不动产,而不动产登记簿采用物的编程,没有不动产就没有登记簿,这样一来,开发商应该没有对在建商品房实施处分行为的可能性。不过,这只是纯粹的理论推演,实践机制并非如此。先看标的物,以物权为对象的处分行为要求标的物必须特定,⁽¹²⁾¹⁶⁸⁽¹³⁾²¹¹而预售的商品房可能不存在,如预购尚未建造的第10层的101号房并办理预抵押登记,该房是典型的未来物,

^① 参见《北京市房屋登记工作规范》第2.18条第2项;赵凤阁、杨光、闫文威《预购商品房抵押预告登记中合并受理分期登记之实践》,载《中国房地产》2010年第9期,第41页。这一实操做法已体现在国土资源部的《不动产登记操作规范(试行)》第1.10.1条。现房所有权转移登记与预抵押登记的衔接空档,是备受实务界关注的问题,实务部门人士的其他建议,参见杨长海《预告登记制度与住房按揭贷款的法律风险分析》,载《金融与法》2011年第1期,第53页;李平《商品房预售合同备案与预告登记的有效衔接》,载《中国房地产》2013年第3期,第35页;廖红梅《中国预购商品房抵押权预告登记制度之立法分析》,载《闽西职业技术学院学报》2015年第2期,第24页。

^② 我国有法院就认为,预抵押登记未设立抵押权,故而,在预抵押登记转为抵押登记前,预购人能转让现房。参见北京市第三中级人民法院(2014)三中民终字第02488号民事判决书。

^③ 预抵押登记的这种效力属于事前预防,与德国经验看上去反差很大,但实际效果未必如此。在德国,因为预告登记导致义务人的处分行为对权利人不生效力,它在很大程度上会导致义务人不能通过登记完成处分行为。而且,预抵押登记没有径直阻断预购人的处分行为,而是由银行把控局面,只要银行愿意承受不利益,预购人仍能完成处分行为,并产生预期的法律效果。与此相当,德国预告登记的义务人完成处分行为后,权利人也完全能承受不利益,承认该处分行为的效力。Vgl. Baur/Stuerner, Sachenrecht, 18. Aufl., München 2009, S. 261 f.

无法成为处分行为的标的物。单以标的物的物理状态为准,这一结论无疑在理。不过,着眼于交易实践,会发现尽管这套101号房还待建,但在各种管制机制的作用下,它已特定化,如建筑规划或测绘详尽描述其面积、构造、布局、坐落等,这些信息还反映在房屋行政主管部门的楼盘表当中^①,预售合同也会给予表述。可以说,在监管者、交易者和社会公众看来,它是特定的未来物,会在可明确预见的将来成为现实存在,如果没有这种观念,商品房预售交易就不能成为现实。既然如此,开发商把该101号房转让给他人,无非是预先的物权变动合意,这仍在处分行为的范畴,⁽¹⁴⁾ 267 故而,在建商品房的未来物属性不构成开发商实施处分行为的障碍。还要看到,预售的商品房还可能已完全成型,只是建筑物整体未竣工而已,这种商品房与现房在物理状态上没有实质差异,符合物权客体特定性的要求,完全能成为处分行为的标的物。

处分行为是财产权人减损自己权利的行为,在财产权是不动产物权时,要办理不动产登记,处分行为才能有效,未登记前的处分行为没有约束力。⁽⁶⁾ 52-53 基于此,不动产登记簿是开发商实施处分行为的必备配套机制,而前例的101号房根本就不存在,何来登记簿?也就是说,即便预售的商品房能成为处分行为的标的物,但因为缺乏登记的配合,该处分行为仍没有意义。但其实不然,因为预售的商品房是一种特定的观念存在,为了规制和保护围绕它展开的交易,在实践中,除了楼盘表可显示商品房的转让、抵押、查封等信息,登记簿也能公示这些信息^②。即在登记簿的依托下,开发商处分在建的商品房并非不可能。

上述表明,在建商品房的未来物属性以及不动产登记簿不会成为开发商实施处分行为的障碍,但这不是说在预抵押登记后,开发商处分预售商品房的行为就能畅通无阻。真正成为障碍的,是商品房预售所普遍采用的网上签约机制。在实践中,交易双方必须在主管部门的专门交易管理网络系统上签订商品房预售合同,主管部门据此在楼盘表上标志该房屋已售出,从而完成法律要求的预售合同登记备案^③,当事人再据此申请办理预售商品房预告登记,进而再办理预抵押登记。换言之,预抵押登记一定对应着某一确定的网上签约的预售合同。而对同一套预售的商品房,只能办理一次网上签约^④。这意味着,开发商想把已办理预抵押登记的在建的商品房再出卖给他人,缺乏网上签约通道和楼盘表的记载,是无法完成实际转让的。既然如此,就无需预抵押登记再予把关了。

2. 对开发商处分现房行为的影响

开发商对竣工验收的商品房取得所有权《物权

法》第30条),在办理所有权首次登记后,开发商应按约定把现房转移登记给预购人,同时注销预售商品房预告登记。在注销前,预购人仍是预售商品房预告登记的权利人,似乎只要其同意,开发商就能把现房转让给他人,预抵押登记的目的将因此落空。

不过,必须注意的是,我国的预告登记限制了义务人对标的物的处分权,该权利转由权利人控制,权利人的同意义务人处分标的物,表明权利人把处分权授予义务人,权利人因此不再享有处分权。在商品房预售交易中,预购人既是预售商品房预告登记的权利人,又是预抵押登记的义务人,作为义务人的预购人同样也没有相应的处分权。具体说来,预抵押登记的标的物包括应由预购人取得的现房,未经银行同意,预购人不能处分,即现房的最终处分权是由银行控制的,这样一来,无论预购人自行或授权开发商转让房屋所有权,均属于无权处分。

换言之,虽然在预抵押登记事项上,开发商与银行没有直接的法律关系,但预售商品房预告登记与预抵押登记在架构上紧密相关、不可分离,预抵押登记通过限制预购人的处分权,使其无法授权开发商处分现房,进而实际控制了预售商品房预告登记中的利益局面,开发商处分现房的行为由此必须得到银行的同意。这样一来,预抵押登记在功能上实现了义务人范围的突破,除了预购人,开发商也受制于预抵押登记。

总括上述,预抵押登记在内容涵量上有双重扩张,一是标的物从办理时的“预购商品房”扩张到以后的现房,二是相对人从预购人扩张到开发商,这种扩张架构确保银行能如愿取得抵押权,表明在与按揭贷款结合的商品房预售交易机制中,银行占据着中心地位。这一地位与该交易机制的确吻合,因为开发商通常用预售所得的资金继续建造商品房,而该资金包含了银行的贷款,没有贷款,预售交易无法完成,用将来建成的现房担保银行的贷款债权,确实名正言顺。

① 在此方面,上海的做法相当典型,可参见张健军、陆剑青《预搭建楼盘表在房地产市场管理中的作用》,载《上海房地》2009年第6期,第39-40页;王斌、黄河、吴鉴清、周巍《统一数据地板建设及应用》,载《国土资源信息化》2010年第1期,第76-79页。

② 更具体的阐述,可参见宋方成《论预告登记在商品房预售中的适用》,北京大学2015年硕士研究生学位论文,第16-17页。

③ 《城市房地产管理法》第45条第2款规定“商品房预售人应当按照国家有关规定将预售合同报县级以上人民政府房产管理部门和土地管理部门登记备案。”住房和城乡建设部《房屋交易与产权管理工作导则》第3.3条对此有更详细的规定。

④ 与此相应,在司法实践中,一房数卖的情形,网上签约的合同效力高于未网上签约的合同。参见徐娟、胡昌明《网上签约房屋买卖合同性质的认定》,《法律适用》2012年第9期,第113页;山东省高级人民法院(2014)鲁民一终字第188号民事判决书。

四、保全顺位的效力

说预抵押登记有保全顺位的效力,是指银行的房屋抵押权顺位回溯至预抵押登记之时,这对银行相当有利。不过,预抵押登记的这一效力有无实益或有多大实益,必须在细致观察实践操作机制后,才能得出准确结论。

(一) 保全顺位的效力内涵

在同一标的物负载若干个限制物权的情形,只要这些物权均通过不动产登记公示出来,它们的实现次序就根据登记的先后而定,这种通过登记来排列物权地位的制度就是顺位。⁽¹⁵⁾ 213-225 《物权法》第199条第1项对此有明确体现,即“抵押权已登记的,按照登记的先后顺序清偿”。顺位的前提是处分自由,即处分权人能自愿地在同一标的物上多次设定限制物权,没有这种自由,同一标的物难以负载多个限制物权,也就没有顺位可言。顺位的基础是登记,没有登记就没有顺位,如建筑工程承包人的优先受偿权不能登记,它与其他权利的关系靠最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》这样的专门规范来调整,根据该批复第1条,该优先受偿权恒定地优于抵押权,顺位在此无用武之地。在登记的基础上,顺位除了适用于限制物权,在有明文规定时,还能波及查封登记等。

由此来看预抵押登记,它不是抵押登记,也没有明文规定说它能参与顺位排列,照理说不宜适用顺位制度。但这样一来,银行将来的房屋抵押权的顺位只能按抵押登记时间来定,而彼时预购人已取得现房所有权,且距预抵押登记的时间不短,若预购人在此期间用现房为他人设立抵押权,银行抵押权将位列其后,对银行极其不利,这与以银行为中心的商品房预售交易机制格格不入。故而,参照《德国民法典》第883条第3款,根据预抵押登记时间来决定银行抵押权的顺位,就成为不二之选。据此,只要银行的房屋抵押权在登记设立后,其顺位的标准就回溯至预抵押登记之时,从而优先于预抵押登记后的其他登记,银行的顺位利益由此得以保全。

(二) 预抵押登记与其他抵押权的顺位

说预抵押登记有保全银行抵押权顺位的效力,完全是参照德国经验所得的理论演绎,与交易实际是否吻合,应根据具体情况来分析,我们先看预抵押登记与其他抵押权的顺位。

1. 预抵押登记与由预购人设立的抵押权的关系

预购人在取得现房前,虽然有“预购商品房”,但它不能流通,不能承载抵押权。而且,即便国务院根

据《城市房地产管理法》第46条的授权,将来允许“预购商品房”流通,预购人也不能以它为标的物再为他人设立抵押权,因为“预购商品房”除了被预购人用以担保银行按揭贷款,不能被用来担保其他债权,无法办理抵押登记。⁽¹⁶⁾ 46-48⁽¹⁷⁾ 51-52 不仅如此,预抵押登记被严格限定在商品房预售领域,与预售商品房预告登记并存,而针对同一预售的商品房,同一预购人只能有唯一的预售商品房预告登记,故在预抵押登记后,预购人不能再把“预购商品房”作为其他预抵押登记的标的物。概括而言,因为预购人对“预购商品房”没有处分自由,在“预购商品房”成为预抵押登记的标的物后,就不可能再成为其他抵押权或其他预抵押登记的标的物,预抵押登记保全顺位的效力因此没有实效。

在预购人取得现房后,该房屋属于预抵押登记的标的物,故未经银行同意,预购人无法通过登记以该房为他人设立抵押权。在现实中,银行同意预购人以现房为他人提供抵押的可能性几近于无,预抵押登记因此不会与现房抵押权重叠,保全顺位的效力也没有实效。显然,之所以会有这种结果,原因仍在于预购人欠缺足够的处分自由。

概括而言,在预抵押登记后,预购人无法就“预购商品房”或现房再为他人设立抵押权,或办理其他预抵押登记,保全顺位的效力因此没有实效。

2. 预抵押登记与由开发商设立的抵押权的关系

在商品房竣工验收前,可能有在建建筑物抵押权,也可能有预抵押登记,由于预售的商品房属于在建建筑物的部分,故在建建筑物抵押权和预抵押登记应会有重叠。但这是理论设想,实际不会如此。首先,根据《物权法》第191条第2款,在建建筑物抵押权设立后进行商品房预售的,抵押权人的同意是商品房预售得以顺利推进的要件,而抵押权人的同意往往产生放弃抵押权的效果,故而,只要能办理预抵押登记,就意味着预售的商品房不属于在建建筑物抵押权的标的物。其次,在预抵押登记后,未经银行同意,开发商不能设立在建建筑物抵押权,而各地纷纷规定开发商不得抵押已预售的商品房,故而,即便银行同意了,在建建筑物抵押权也不可能发生^①。既然如此,预抵押登记有无保全顺位的效力根本就不重要。

在开发商取得商品房所有权并办理登记后,按约定把所有权转让给预购人前,该房是预抵押登记的标

^① 有关情况的梳理和总结,参见宋方成《论预告登记在商品房预售中的适用》,北京大学2015年硕士研究生学位论文,第39-41页;北京大学法学院金融法研究中心《在建工程抵押登记法律问题研究》2013年5月15日印制,第27-28页。

的物,未经银行同意,开发商不能抵押该房屋,预抵押登记保全顺位的效力在此也没有实效。由上可知,正因为开发商没有足够的处分自由,以至于预抵押登记与开发商设立的抵押权不能在同一标的物上重叠,预抵押的保全顺位效力由此没有实效。

3. 保全顺位效力的意义

上述表明,由于缺乏必要的处分自由,预抵押登记保全顺位的效力完全沦为空话,没有实际意义。如此看来,强调这种效力纯属纸上谈兵。不过,在不动产登记机制已日渐齐备的情况下,明确并强调预抵押登记保全顺位的效力,至少能在观念上有助于扩张权利人的处分自由。

顺位以不动产登记为基础,在登记公示的作用下,交易者能事先了解标的物上的负担,并能依据顺位规范来准确判断自己介入交易后的利益状况和权利地位,在这种完全信息的支持下,交易者是否交易、以何种条件交易的选择都是理性的。在理性选择下,抵押权或其他抵押预告登记与预抵押登记按照确定的顺位在同一标的物上重叠,是当事人意思自治的结果,不损及任一方的利益,正当性不言而喻。既然如此,以限制登记通道的方式来约束处分自由,如预购人以“预购商品房”为他人债务提供担保的,无法办理抵押登记或抵押预告登记,或者以禁止重复抵押的方式来约束处分自由,如开发商不能把已预售的商品房对他人提供抵押担保,均过度妨害了交易自由,有必要重新检讨,予以改正再造。

此外,根据顺位规范,先顺位的权利先实现,后顺位的权利不能妨害先顺位权利的实现,据此,只要预抵押登记顺位在先,必然能排斥后顺位的权利,后顺位权利的创设,就不会破坏或妨碍预抵押登记的目的。这意味着,在预抵押登记后,借助顺位的作用,预购人或开发商仍有权在同一标的物上设立抵押权或抵押预告登记,这种行为是属有权处分,根本无需银行的同意。只有在完备的不动产登记基础上,放松房地产交易中的处分管制,恢复预购人及开发商应有的处分自由,并按顺位规则排列它们的关系,预抵押登记与抵押权、其他抵押预告登记就会有重叠,保全顺位的效力也就有了实益。

(三) 预抵押登记与预查封登记、查封登记的顺位

预抵押登记可能会与预查封登记、查封登记重叠,它们之间在实践中有无顺位,也值得关注。

1. 预抵押登记与预查封登记的关系

在办理预售许可证后、实际预售前,开发商所建的商品房被预查封的,开发商的处分权被有期限地剥

夺,既无法预售,当然不能办理预抵押登记。但从理论上讲,预查封登记不应影响商品房预售,因为预售不导致物权变动,与预查封的效力不矛盾,而且,因为登记的公示作用,预购人和银行均明了预查封的存在,在此情况下仍参加预售交易,表明他们愿意承受相应的风险,法律、法院和不动产登记机构均不应越俎代庖地加以阻碍。按照这种应然设计,预查封登记不妨碍预抵押登记的办理,但前者优先于后者。

在预抵押登记后,预售的商品房能被预查封,此时是预抵押登记顺位在先,预查封登记顺位在后。根据顺位规范,后顺位不能影响先顺位,那么,预购人在预查封期间取得现房的,应按照预抵押登记的指向,为银行办理抵押权登记,从而排斥预查封剥夺处分权的效力。^{(18) 63-64(19) 53-54}也就是说,在理解预查封剥夺处分权的效力时,应将其适用情形缩限为预查封之后的交易,而不能波及先前的预抵押登记,只有这样,才能正确进行法律适用,不会损害银行的正当利益。

2. 预抵押登记与查封登记的关系

查封登记针对已登记的不动产,如开发商或预购人办理所有权登记的现房,故它只能在预抵押登记之后办理,预抵押登记因此优先于查封登记,在查封期间,银行仍能取得被查封的房屋抵押权。

预抵押登记能排斥顺位在后的预查封登记或查封登记,表明即使在预查封或查封登记的协力下,法院拍卖或变卖预购人的现房的,预抵押登记仍有影响该行为效力的作用。这一结论虽然缺乏明文规定,但确是顺位法理的必然结论。而且,在法院的执行规范中,对被查封的办理了受让物权预告登记的不动产,受让人提出停止处分或排除执行异议的,法院应予支持,这显示出受让物权的预告登记能排除包括强制执行在内的处分。⁽²⁰⁾³⁴预购商品房预告登记属于受让物权的预告登记,它无疑有这样的效力,预抵押登记负载于预购商品房预告登记之上,更应有同样效力,即法院执行预购人现房的行为,不能妨碍预抵押登记的目的,银行仍能取得房屋抵押权。

五、结语

根据德国法,预告登记虽然不能使权利人实际取得物权,但它能保障债权实现和保全物权顺位。我国的预告登记制度是借鉴德国经验的产物,其主战场是商品房预售,这种交易极具中国特色,异域经验能否与我国实践无缝对接,预抵押登记有无上述法律效力,是个问题,本文对此进行了探讨。

作为预抵押登记存身的大环境,商品房预售是一种典型的未来物买卖机制,其中充满了不确定性。为

了降低风险和保护安全,国家法律和主管部门从不同角度、采用不同途径进行管制,如剥夺“预购商品房”的流通性、划定预抵押登记与包括在建建筑物抵押在内的其他抵押的界限、要求商品房预售的网上签约机制、限制开发商的处分自由、控制预购人的处分权等,它们由此成为限定预抵押登记法律效力的重要要素。在此限定下,预购人不能按期还款,银行无法凭借预抵押登记来主张优先受偿权;非经银行同意,预购人和开发商均无法处分现房,由此保障银行取得房屋抵押权;预抵押登记优先于顺位在后的预查封登记和查封登记。预抵押登记的这些效力看上去与德国经验大体一致,但受实践机制的影响,它们的具体样态及实现途径与德国经验存在程度不同的差别。

其实,只要我们不把眼光只投放在学理层面,同时还适度关注实践,并将实践情况拉入理论框架进行再思考,不难发现,在各种限定要素的综合作用下,参与商品房预售交易的开发商、预购人和银行都相当明了各自的权利、义务和责任,预抵押登记有目前的法

律效力,也在他们的预料当中。对此,我们不能仅以德国经验为标准,简单地进行优劣评价,毕竟,商品房预售涉及土地、房屋、规划、建筑、金融等诸多领域,这些领域扎根于现实,或通过独自的运作机制,或借助彼此协调的管制通道,共同为预抵押登记提供了具有中国特色的路基。

这样说,并不是要强调存在即合理,不是说预抵押登记现有的法律效力没有任何问题。在商品房预售合同网上签约机制保持不变的前提下,只要楼盘表与不动产登记簿能准确对接,只要预购商品房预告登记与预抵押登记能协调一致,只要预告登记与将来的现房登记能恰当转换,不妨在适度扩充预购人及开发商的处分自由,允许他们更自由地转让或抵押预售交易中的商品房的同时,相应地适度扩充预抵押登记法律效力的内涵,以达到既为当事人提供更充分的交易空间,又能充分保护银行权益的功效,这应是一条更为可取之路。

参 考 文 献

- (1) 陈亚菁. 预告登记的实践适用及法律效力(J). 中国房地产, 2013, (5): 33-36.
- (2) 赵培元, 程洁. 抵押预告登记与法院预查封登记在正式登记条件具备时的司法处理(J). 人民司法·案例, 2014, (4): 107-111.
- (3) 王利明. 物权法研究(上卷)(M). 北京: 中国人民大学出版社, 2013.
- (4) 孙宪忠. 中国物权法总论(M). 北京: 法律出版社, 2014.
- (5) 胡康生. 中华人民共和国物权法释义(M). 北京: 法律出版社, 2007.
- (6) Baur/Stuerner. Sachenrecht(M). 18. Aufl., Muenchen 2009.
- (7) 王闯. 让与担保法律制度研究(M). 北京: 法律出版社, 2000.
- (8) 李延荣, 周珂. 房地产法(M). 北京: 中国人民大学出版社, 2005.
- (9) 薛巍, 沈君. 上海浦东发展银行股份有限公司无锡分行诉王碧会等借款合同纠纷案(M)//. 人民法院案例选(1). 北京: 人民法院出版社, 2014.
- (10) Assmann. Die Vormerkung(§ 883 BGB)(M). Tuebingen 1998.
- (11) 张景伊. 房地产抵押登记中的几个问题(J). 中外房地产导报, 1998, (7): 33-36.
- (12) [德]迪特尔·梅迪库斯. 德国民法总论(M). 邵建东, 译. 北京: 法律出版社, 2000.
- (13) 王泽鉴. 民法总论(M). 北京: 北京大学出版社, 2009.
- (14) [德]曼弗雷德·沃尔夫. 物权法(M). 吴越, 李大雪, 译. 北京: 法律出版社, 2002.
- (15) 常鹏翱. 物权程序的建构与效应(M). 北京: 中国人民大学出版社, 2005.
- (16) 杨玉琴. 浅谈已办理预告登记的预购商品房再抵押(J). 中国房地产, 2014, (7): 46-48.
- (17) 秦王乐. 预购商品房预告登记的房屋是否可以设立抵押权(J). 中国房地产, 2014, (13): 51-52.
- (18) 李红海, 腾跃. 论抵押预告登记的法律效力(J). 中国房地产, 2012, (11): 61-64.
- (19) 沈晓东. 抵押预告登记和预查封登记的冲突与协调(J). 中国房地产, 2014, (13): 53-54.
- (20) 刘贵祥, 范向阳. 《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》的理解与适用(J). 人民司法·案例, 2015, (11): 23-34.

(本文责任编辑 焦和平)